

BOTO ÁLVAREZ, Alejandra: *La Administración instrumental en el proceso*, Reus-Fundación Universidad de Oviedo, Madrid, 2011, 493 págs.

El tema elegido en este trabajo por la doctora Alejandra BOTO ÁLVAREZ, parte de su tesis doctoral, es de gran interés y actualidad al estudiar en profundidad y desde novedosas perspectivas a la llamada «Administración instrumental», de la que han hecho uso o abuso en los últimos tiempos las Administraciones públicas. Un estudio enriquecido por las continuas referencias al Derecho comparado italiano, próximo al español y al Derecho canadiense, siendo meritoria esta última aproximación por la novedad que supone en nuestra doctrina. Como decíamos, es necesario destacar el tratamiento que realiza la doctora BOTO, desde la perspectiva procesal, de una materia nuclear en el Derecho administrativo contemporáneo como es el Derecho de la organización, pues,

efectivamente, es desde este ámbito desde el que se pueden plantear y experimentar nuevas formas de actuación pública, siempre con respeto y garantía de los principios constitucionales y de la finalidad última de la actuación de la Administración, la satisfacción del interés general (art. 103 CE).

En efecto, asistimos en el contexto actual de crisis económica a un replanteamiento de la Administración instrumental, que ha desbordado la estructura de las Administraciones públicas, debido a su crecimiento desmesurado, o, como señala la profesora Encarnación MONTOYA, caracterizado por la elephantiasis de las Administraciones instrumentales (VII Congreso de Profesores de Derecho Administrativo, Tarragona, 2012). Así lo demuestra el cúmulo de normas relativas a la supresión, fusión y creación de organismos públicos y empresas, aprobados con el fin de dotar de una mayor racionalización a la Administración española, proceso iniciado a nivel estatal con el Plan Moderniza (2006-2008) y continuado con los Acuerdos del Consejo de Ministros de 3 de junio de 2011, si bien destacan las medias adoptadas a nivel autonómico, entre ellas la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Administración General y Sector Público de Galicia; la Ley 2/2008, de 14 de mayo, de reestructuración del sector público empresarial de la Comunidad de Aragón, y el Decreto-Ley 1/2011, 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial; la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de reordenación

del sector público de Castilla-La Mancha; la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid; el Decreto-Ley 1/2011, de 30 de septiembre, de Medidas Urgentes de Régimen Económico-Financiero del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Comunidad Valenciana; la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, o la más reciente Ley 11/2011, de 29 de diciembre, de reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

La obra, tras una introducción que avanza las líneas de investigación desarrolladas, se divide en dos partes. Una primera, de carácter general, realiza una aproximación al fenómeno de las Administraciones instrumentales y a su régimen jurídico, a través de un exhaustivo repaso por sus orígenes y evolución histórica, para seguidamente, en la segunda parte, centrarse en el estudio de su tratamiento procesal. Así, la clave de la parte primera es la constatación de que el régimen jurídico de las Administraciones instrumentales se caracteriza por la incertidumbre, pues aunque es cierto que existen límites fijados en la LOFAGE en cuanto a su creación o funcionamiento, otros aspectos, cruciales, entendemos, como la delimitación clara del objeto de cada una de las modalidades, son una laguna en nuestro ordenamiento jurídico, denunciada muy certeramente por la autora. Se analiza así el significado y alcance del carácter «instrumental» que califica a aquellos entes creados por una Administración matriz, con el fin de ejercer competencias

específicas de esta, concluyéndose que la «instrumentalidad» predicada no se trata de una tutela o jerarquía, sino de una adscripción y supremacía, lo cual implica un poder de dirección sobre ámbitos concretos de actuación del ente instrumental, y en ese sentido se plantea en la segunda parte la necesidad de flexibilizar —y permitir— el acceso de los entes instrumentales a la jurisdicción contencioso-administrativa para la defensa de sus intereses, frente a la Administración que los ha creado, como retomaremos más adelante. En esta primera parte se lleva a cabo un valioso intento de sistematización de este cajón de sastre que lleva por rúbrica «Administración instrumental». Así, BOTO ÁLVAREZ en sus reflexiones sobre la situación presente de las Administraciones instrumentales realiza una clasificación arriesgada que no compartimos plenamente, pero que, no obstante, se ve refrendada y sólidamente fundamentada desde el punto de vista procesal con el análisis realizado en la segunda parte. Así es, estamos de acuerdo en que no es la más acertada la expresión de «Administración instrumental», sino que debería hacerse uso, en aras a una mayor exactitud jurídica, de «entes instrumentales», pues el primer concepto es más restringido, ya que, como destaca A. BOTO, no da cabida a las empresas públicas, obviamente por su carácter jurídico-privado, pero sí que incluye a las Administraciones independientes. Última inclusión, esta, que consideramos excesiva, pues la dependencia de las mismas con una Administración territorial la entendemos de tipo orgánico, más que funcional. Con todo, debe alabarse el atrevimiento, como corresponde a toda tesis doctoral, de la profesora

BOTO al realizar propuestas *de lege ferenda* e incluir un cuadro sobre la «organización instrumental» española, como se ha mencionado.

La segunda parte aporta sugestivas reflexiones en torno a los órganos analizados previamente, la Administración instrumental, en sentido estricto, aunque incluyendo de manera puntual referencias a las sociedades mercantiles estatales, desde una perspectiva poco habitual entre la doctrina administrativa, pues no se analizan, como tradicionalmente se ha hecho, su naturaleza jurídica o su funcionamiento, vinculado o no al Derecho administrativo o al Derecho privado, sino que se plantea su papel en el proceso, sus privilegios y, en consecuencia, su relación con los ciudadanos. Se sitúa de esta forma el trabajo en una línea garantista, propia de un Estado democrático y de Derecho, esto es, de proteger a los ciudadanos frente a esta potestad de autoorganización de la Administración que le permite crear organismos instrumentales sometidos a regímenes jurídicos más flexibles pero que gozan también de prerrogativas públicas. Dos son los preceptos clave en el examen de su posición procesal: de un lado, el artículo 19.1.g) LJCA, que legitima a los entes instrumentales —exactamente a los organismos públicos— para interponer recurso contencioso-administrativo, precepto sobre el que en principio no cabe plantear objeción alguna, y, de otro, el artículo 20.c) LJCA, que matiza dicha legitimación en el ámbito de las relaciones intersubjetivas, *ad intra*, al excluir su legitimidad si el recurso pretende impugnar la actividad de la Administración matriz, salvo que sus estatutos prevean otra cosa. Aun así, la complejidad del tema tratado

se evidencia cuando se observa que la heterogeneidad de entes que se califican como instrumentales no tiene cabida en los preceptos señalados, sino que también debe considerarse el artículo 19.1.a) LJCA, a efectos de reconocer legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo a las sociedades y fundaciones públicas. A la vista del entramado anterior, debe valorarse el acierto en la propuesta de A. Boto sobre una interpretación amplia del artículo 20.c) LJCA, que otorgue capacidad de reacción a las Administraciones instrumentales, fuera, eso sí, del vínculo de instrumentalidad que les une con la Administración matriz. Seguidamente se estudia la cuestión de la asistencia jurídico-contenciosa a la Administración instrumental contemplada en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre. La profesora BOTO maneja excelentemente la complicada terminología y remisiones normativas, así como la casuística jurisprudencia sobre la materia, recursos que interpreta sistemáticamente aportando soluciones a la práctica. La asistencia jurídica se desvela así como una cuestión de gran interés pues, efectivamente, aquella puede realizarse a través de una defensa especializada —léase de los abogados del Estado— o no. En este análisis se nos ofrece una completa panorámica en el Derecho comparado, partiendo de la diferenciación entre aquellos sistemas en los que la defensa de la Administración se atribuye a un cuerpo de funcionarios de élite, entre ellos España, y aquellos en los que rige el sistema de libre designación, encomendando dicha tarea a abogados libres no funcionarios. La situación en España, como expone rigurosamente la autora, es que los abogados del Es-

tado asisten jurídicamente, por atribución automática y legal, al Estado, a sus organismos autónomos y a los órganos constitucionales, siendo facultativa la asistencia en relación con los demás sujetos, articulada mediante el correspondiente convenio, aunque también es posible la atribución por ley a estos últimos órganos. No obstante, retomando los planteamientos de «autonomía» de los entes instrumentales, es cierto que esta posibilidad de usar servicios jurídicos especializados y profesionales despierta recelos por su vinculación, por así decirlo, con la Administración matriz, de la asistencia jurídica; de ahí que el estudio manifiesta la tendencia de aquellos a organizar su propio servicio jurídico. En su investigación, la doctora BOTO aborda también el espinoso y controvertido tema de la contratación del sector público por parte de ciertas entidades, entidades públicas empresariales, por ejemplo; de esa asistencia jurídica, bien sea especializada o a través de un abogado colegiado externo, cuyos contratos, aun calificándose de privados según el hoy vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos (RD Legislativo 3/2011), clasificación con efectos internos, deben someterse, recordemos, a las directrices de las Directivas comunitarias sobre contratación en el caso de que se superen los umbrales económicos fijados por la UE al incluirse por su objeto en el contrato nominado de servicios, si se dan las condiciones de «poder adjudicador» que recoge el artículo 3.3.b) TRLCSP. En todo caso, debemos mencionar que por debajo de los umbrales europeos existen también limitaciones desde el Derecho de la Unión, pues, efectivamente, la Comisión, en su Comunicación inter-

pretativa sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006), señala que «aunque algunos contratos estén excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias que regulan los contratos públicos, las entidades adjudicadoras que los celebran están obligadas, no obstante, a respetar las normas fundamentales del Tratado».

Finalmente, se profundiza en la posición procesal de la Administración instrumental en el litigio, sobre la que avanzamos su evidente posición de privilegio, en sentido amplio, esto es, de los entes instrumentales, también necesaria en virtud, claro está, de la defensa del interés público que representan. En primer lugar, se examina la necesidad de reclamación administrativa previa al ejercicio de acciones civiles o laborales frente a la Administración instrumental (arts. 120 a 126 LRJAP), si bien se propone una interpretación flexible de la misma, abogando por su carácter potestativo, frente a la obligatoriedad del régimen actual. Otro tema de calado es el de las notificaciones judiciales, que, como observa A. BOTO, depende no ya de la forma jurídica del ente, sino de quién sea el encargado de su defensa, esto es, de la presencia del abogado del Estado. Así, si la notificación es defectuosa, salvo el caso de LPL, se produce la nulidad de la misma, sin posibilidad, en consecuencia, de sanación del vicio, cuestión salvada en el Derecho italiano y que debería inspirar el estricto régimen español, a juicio de la autora. Otro de los privilegios, en el proceso civil, se refiere a la suspensión del curso de los autos (art. 14 Ley 52/1997),

y que una vez más, a nuestro entender, manifiesta la consideración del legislador hacia la Administración, incluida en este caso la instrumental, en sentido estricto según el tenor del artículo, cuando se sirven de la Abogacía del Estado para su defensa, incluyendo la jurisprudencia, si bien no es una opción compartida por la doctora BOTO, a las empresas públicas, posicionamiento que compartimos con la autora. El privilegio del fuero extensible a los organismos públicos, según dispone el artículo 15 de la Ley 52/1997, opera de manera amplia, pues en este caso no se hace depender de que la defensa se atribuya a los abogados del Estado, ni tampoco en el caso de las EPE a que se ciña a sus actuaciones de naturaleza administrativa. Por otra parte, el artículo 12 de la Ley 52/1997 exime a los organismos públicos con cita expresa, y por tanto hay que entender que excluyendo a las sociedades mercantiles estatales, «de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes». Sin embargo, y al hilo de las más recientes reformas legislativas, apunta A. BOTO la introducción por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, de una DA 15.^a en la que, en relación con la constitución de «depósito para recurrir», se «olvida» el legislador de citar a las EPE y a las Agencias estatales, desconociendo, por tanto, el tenor del precepto antes examinado.

En fin, se trata de una obra en la que debe reiterarse el acierto del tema escogido, de lectura interesante, aunque compleja, que anima a seguir leyendo en cada página. La novedad de la cuestión abre nuevos horizontes sobre un tema clásico del Derecho administrativo y desvela la inquietud de su autora, a pesar de

las dificultades que ello conlleva en su estudio. La heterogeneidad y el casuismo constatados incitan a advertir al legislador sobre la necesidad de elaborar normas que aporten seguridad jurídica al respecto, con previsiones claras y coherentes y adaptadas a las nuevas exigencias sociales y jurídicas. No podemos concluir sin destacar la importancia que el estudio tiene para los ciudadanos, pues, efectivamente, oscuro es el panorama que se presenta ante un particular cuando se enfrenta a uno de estos entes. En todo caso, valoramos que, según se desprende del trabajo, al menos el uso de personas jurídico-privadas por la Administración, aunque lícitamente dentro de su potestad organizativa y con los límites impuestos por las normas, parece una opción con privilegios procesales en menos, de manera acertada, pues si la Administración opta por ello, porque es más flexible, es nuestra opinión que su situación ante los ciudadanos debe ser más equitativa que cuando lo hace investida de «veste pública».

Marta OLLER RUBERT
Universidad Jaume I (Castellón)